



Recurso nº 790/2022 C. Valenciana 196/2022

Resolución nº 895/2022

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. K. M. B., en representación de AMBULANCIAS VALLADA, S.L.U., contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Ondara para contratar los “*Servicios de Ambulancia en Actividades Organizadas por el Ayuntamiento de Ondara*”, expediente 626/2022; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ondara anunció, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PLACSP), el 3 de junio de 2022 la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 185.430,00 euros.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y con las demás normas dictadas en desarrollo de la anterior.

Tercero. Publicados los Pliegos, se interpone recurso especial en materia de contratación el día 16 de junio de 2022, ante el registro electrónico del Ministerio de Hacienda, por la empresa AMBULANCIAS VALLADA, S.L.U. en el que se impugna el criterio cuantificable automáticamente “A.2.- *DISTANCIA DE LA BASE*” contenido en la Cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP), al considerarlo contrario a Derecho, ya que, éste otorga de 3 a 12 puntos a las ofertas

presentadas por licitadores que dispongan de una base en la que se ubican al menos dos ambulancias, lo más cercana a Ondara, otorgándose los puntos según la distancia sea menor a 20 km, entre 20 y 50 km, o mayor a 50 km.

Entiende la empresa que el criterio de adjudicación que se impugna constituye un “*criterio de arraigo territorial*” contrario a la doctrina seguida por este Tribunal, citándose la Resolución nº 29/2011, de 9 de febrero, y la nº 817/2021, de 1 de julio, así como el informe de la Junta Consultiva de Contratación 9/2009, lo que determina que la citada cláusula del PCAP es nula al ser discriminatoria, ya que, el origen, el domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público. De admitirse el criterio del PCAP la empresa, se dice, concurriría en condiciones de desigualdad frente a otras licitadoras.

Cuarto. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo, así como el correspondiente informe emitido por el órgano de contratación, en los que, sobre el objeto del recurso, se indica que no es obligatorio tener una base a una distancia determinada, dado que, el criterio de valoración se limita a preferir aquellas empresas que tengan una base, y no un domicilio o sede, lo más cercana al lugar donde se va a prestar el servicio.

Que el criterio está justificado, puesto que, será mejor valorada aquella empresa que pueda dar una mayor rapidez de respuesta en caso de una situación de urgencia sanitaria o imprevista. Se manifiesta, además, que es un criterio proporcional, que sólo supone 12 puntos donde el 85% de los puntos se lo lleva la oferta económica. Y, que este Tribunal admite en su Resolución nº 326/2018 que se exija un plus de solvencia, como puede ser mediante una “*Delegación de Zona*”, emplazamiento que excede incluso de la “*base*” que se limita a valorar el contrato, lo que es menos oneroso y limitante.

Finalmente, se incide en que este mismo criterio ha sido recogido en otras licitaciones de servicios de ambulancias publicados por otros Ayuntamientos de la Comunidad Valenciana y que pueden encontrarse en la PLACSP.

Quinto. La Secretaría del Tribunal en fecha 22 de junio de 2022 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para

que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Sexto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 29 de junio de 2022 acordando la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, sin que esta afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.4 de la LCSP y 11 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), así como en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. Se recurre el PCAP que ha de regir la licitación del contrato de servicios, regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los 100.000,00 de euros, por lo que el contrato y el acto recurrido son susceptibles de recurso especial ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 44.1 a) y 2 a) de la LCSP.

Tercero. Debe examinarse si la entidad recurrente, que no ha presentado su oferta a la licitación, ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados”.

En el presente caso, la entidad recurrente no ha presentado ninguna oferta de licitación, siendo el motivo fundamental de su impugnación el criterio de territorialidad que se dice constituye el criterio de adjudicación impugnado, lo que le impide según la recurrente, concurrir a la licitación en condiciones de igualdad a otros licitadores. Es por lo que debe analizarse si la entidad recurrente ostenta legitimación a los efectos del precepto arriba mencionado.

Este Tribunal ha mantenido, en la Resolución nº 1051/2018, entre otras, que el principio general consistente en la falta de interés legítimo de quien no presenta oferta en la licitación quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 5 de julio de 2005 -Roj STS 4465/2005-) y, de hecho, se ha llegado a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 29 de junio de 2006 -Roj STS 4550/2006).

El Derecho comunitario, como hemos recordado igualmente en otras ocasiones, avala esta postura. Así, el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, de diciembre de 1989, requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles “*como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato*”, expresión esta que se refiere “*a la persona que, al presentar su oferta para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo*” (cfr.: apartado 19 Sentencia TJCE, Sala Segunda, 8 de septiembre de 2005 –asunto C-129/04–). Ahora bien, la jurisprudencia europea ha ido más allá al extender la legitimación a los supuestos en los que “*una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de*

características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados” (cfr.: Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 –asunto C-230/02–).

Descendiendo al objeto del recurso, se observa que la única cláusula impugnada es recurrida invocando la recurrente una vulneración en los pliegos de la obligación de procurar un tratamiento igualitario a todos los licitadores, por lo que, atendiendo a la doctrina anterior, debe admitirse la legitimación para recurrir, pues es constante la doctrina de este Tribunal que reconoce la legitimación para recurrir cuando se invoca esta infracción aun no mediando licitación previa del eventual recurrente (Resolución nº 1147/2019, de 14 de octubre).

Cuarto. En cuanto al plazo, el artículo 50.1 b) de la LCSP dispone:

“1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:

(...)

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante.

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la presente Ley, los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente.

Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho”.

De acuerdo con el expediente de contratación, se comprueba que la recurrente ha presentado su recurso dentro del plazo otorgado al efecto.

Quinto. Examinando las causas de impugnación en relación con la impugnación de los criterios de adjudicación, previamente debe recordarse lo establecido en el artículo 145.5 de la LCSP, que preceptúa:

“5. Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores

con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.”

Por otro lado, también hay que recordar que el Tribunal ha tenido la oportunidad de establecer un criterio acerca de la prohibición de cláusulas de arraigo territorial. Entre los últimos de sus pronunciamientos en los que se entra a considerar esta prohibición cabe aludir aquí a la Resolución nº 1888/2021, de 22 de diciembre, en la que, citando otras muchas, se razona:

“En relación con la admisibilidad o no de los criterios relacionados con el arraigo territorial traemos a colación la doctrina sentada por este Tribunal, pudiendo citar por todas la Resolución de 6 de abril de 2018, que ya hemos citado en la más reciente resolución 817/2021, de 1 de julio: «En la Resolución 1103/2015, de 30 de noviembre, se indicó lo siguiente: “En la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/2011, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se indicaba que ‘el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público’. En el mismo sentido, la ‘Guía sobre contratación pública y competencia’ de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato. En otras ocasiones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/2011, de 9 de febrero). En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado: ‘el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público’, circunstancias que ‘igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración’.

Ocurre que en el presente caso la Administración contratante establece en el PCAP una condición de arraigo territorial (la exigencia de contar con una oficina permanente abierta en Madrid), que no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP), cuya admisión no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad requeridos en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad.

En este sentido, en la ya citada Resolución 101/2013 el Tribunal declaró lo siguiente: 'De acuerdo con el precepto citado, además de acreditar la solvencia o, en su caso, clasificación, que determinan la idoneidad o aptitud del empresario para realizar la prestación objeto del contrato, el órgano de contratación tiene la oportunidad de exigir un plus de solvencia, mediante el establecimiento de la obligación de señalar los concretos medios personales o materiales, como podría ser, en este caso, la «Delegación de Zona». En definitiva, este compromiso de adscripción de medios se configura como una obligación adicional de proporcionar unos medios concretos, de entre aquéllos que sirvieron para declarar al licitador idóneo para contratar con la Administración. En cualquier caso, el límite a la exigencia de un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato resulta del principio de proporcionalidad, esto es, relación con el objeto y el importe del contrato, así como de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública. Se trata, además, de una obligación cuya acreditación, de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP, corresponde sólo al licitador que haya presentado la oferta más ventajosa'.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (Asunto C- 234/03), señaló que la exigencia de tener abierta una oficina en el momento de presentar las ofertas, aunque la existencia de esta oficina se pudiera considerar adecuada para garantizar la prestación correcta del contrato, era manifiestamente desproporcionada y, en cambio, no existía ningún obstáculo para establecerla como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato, siendo suficiente en fase de adjudicación el compromiso de

tenerla. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Resolución 101/2013 dispuso que, 'la exigencia de «Delegaciones de Zona», de resultar exigible, por cumplir con los principios de la contratación pública, sería admisible –bien como compromiso de adscripción de medios a incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o bien como condición de ejecución del contrato en el pliego de prescripciones técnicas, siendo intrascendente el título jurídico en cuya virtud se disponga de las citadas «Delegaciones».

Por lo tanto, hay que observar cómo se establece en el pliego para conocer si es ajustado a derecho o no como señala el recurrente (...)».”

Partiendo de la doctrina anterior el recurso debe ser estimado, toda vez que se ha recogido como criterio de adjudicación un supuesto de arraigo territorial, y ello a pesar de que se ha admitido únicamente por la doctrina de este Tribunal, y como excepción, el exigir la ubicación de un establecimiento o delegación, cualquiera que sea la denominación que reciba en los Pliegos, como compromiso de adscripción de medios, del que se deba disponer al tiempo de la ejecución del contrato, y no durante la fase de presentación de ofertas, y siempre y cuando no resulte desproporcionado lo exigido, discriminatorio e innecesario para los fines del contrato, tal y como ocurre en el presente recurso, al valorarse en las ofertas –entre otros aspectos– dicha ubicación.

En efecto, en cualquier caso, con el expediente no queda justificada la necesidad de disponer de una “base” en la que se ubican al menos dos ambulancias a modo de reserva, por lo que de ninguna manera se podría concluir que el requisito sea necesario y proporcionado.

Únicamente se tiene conocimiento del motivo a que obedece el criterio de adjudicación cuestionado por la explicación ofrecida por el informe del órgano de contratación, lo que ya de por sí es un motivo más para entender que es nulo dicho criterio, según ya se resolvió en la Resolución nº 505/2019, de 13 de junio, donde tampoco quedaba explicado el criterio de adjudicación que consagraba un criterio de territorialidad en el expediente administrativo.

Del clausulado de los Pliegos no resulta para el contratista la obligación de mantener dos ambulancias a modo de reserva, en un emplazamiento distinto al del evento o acto público al que se deben desplazar las dotaciones para ejecutar el servicio contratado, para el caso de ocurrir una “urgencia sanitaria o imprevista” que requiera de un desplazamiento rápido por parte del adjudicatario. Tampoco se explica así en la memoria justificativa del contrato.

Según el PCAP, el contrato tiene por objeto, según su cláusula primera:

“(...) la realización del servicio de ambulancia para cubrir las necesidades sanitario-preventivas en las actividades de carácter taurino, festivo, cultural, social y deportivos organizados por éste Ayuntamiento o en los que éste participe o colabore y para las que se prevea la concurrencia de un gran número de asistentes”.

Y, se identifica como necesidad a satisfacer:

“(...) la de contar con los recursos sanitarios necesarios para garantizar una asistencia inmediata de primeros auxilios y el traslado en ambulancia a las personas accidentadas y de contar con una empresa del sector plenamente calificada para su ejecución, al carecer el Ayuntamiento de recursos materiales y personales para su prestación”.

Por su parte, el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), que determina la tipología del servicio a contratar, las labores y trabajos que son de obligatoria realización para el adjudicatario, señala en su apartado primero que:

“(...) tiene por objeto fijar las condiciones mínimas que debe regir la contratación del servicio de preventivos sanitarios del Ayuntamiento de Ondara para dar cobertura a aquellos actos que organiza el Ayuntamiento o a aquellos en cuya organización colabora, que implican grandes afluencias de público o comprendan actividades que comportan un riesgo elevado y que por ello exijan la presencia de equipos de primeros auxilios (ambulancias) y los recursos humanos y materiales

precisos para realizar curas o llevar a cabo las oportunas evacuaciones". (el subrayado es nuestro)

De acuerdo con el citado pliego las necesidades de la Administración parten de una previsión de actos, que se conocen de antemano, y que para un año ordinario son las previstas en el anexo I del PPT, y, según el propio apartado 6:

"(...) la programación de estos actos o eventos, en lo que se refiere a, los servicios, duración y celebración, es aproximada y provisional. Su celebración y duración se confirmará al adjudicatario con antelación suficiente y estará sujeta a la evolución de la crisis sanitaria provocada por la pandemia del Covid-19 y a las necesidades de la Administración que además podrá de celebrar cualesquiera otros eventos no incluidos en el cuadrante de la programación citada".

Además, tanto el apartado 2 como el 7 del PPT regulan tanto la tipología del servicio, la dotación mínima de recursos materiales y personales, así como la preparación de los actos preventivos, su metodología y comunicación de los servicios, y ninguno de los preceptos establece la obligación de tener dos ambulancias en reserva en una base determinada y que no esté situada en el lugar en el que se desarrolla el acto o el evento, donde es claro que deben estar presentes los equipos necesarios para la ejecución del contrato al ser éste su objeto.

Tampoco se concreta en el criterio de adjudicación qué clase de ambulancias se han de emplazar en la base, siendo dos las clases (C o B) a las que se refieren los Pliegos, ni se especifica al servicio al que se corresponden aquellas, SVA o SVB que según el PPT exigirán una u otra clase de ambulancia.

Es más, de igual modo podría cumplir el adjudicatario con esta prestación, si existiera y se hubiera exigido en los Pliegos, emplazando las dos ambulancias de "reserva" bien en el lugar del evento, bien en una ubicación próxima, careciendo de sentido valorar la existencia de una base fija, lo que reduciría aún más el tiempo de respuesta a la urgencia que ha surgido de un modo imprevisto.



Todo lo dicho determina una falta de detalle, imprecisión y desconexión del criterio de adjudicación con el contenido del PPT, lo que pone aún más en evidencia la falta de justificación y necesidad, obligando a declarar la nulidad del criterio impugnado al constituir de una manera evidente un criterio de territorialidad no ajustado a Derecho.

Y no obsta esta conclusión, finalmente, el argumento del órgano de contratación consistente en que el mismo criterio de adjudicación del contrato –así configurado– ha sido empleado por otros municipios de la Comunidad Valenciana, por cuanto este Tribunal tiene declarado que:

“(...) Son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación, admitiéndose, por el contrario, cuando se exigen como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato” (Resolución nº 97/2021, de 5 de febrero, en cita de la Resolución nº 406/2019, de 17 de abril).

Así como que:

“Las cláusulas de ‘arraigo territorial’ han sido declaradas ilegales por este Tribunal en numerosas ocasiones por ser contrarias a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato cuando han sido dispuestas como criterios de adjudicación o cuando se han establecido como condición de aptitud para contratar con el sector público. Fuera de estos dos supuestos, no se ha descartado su establecimiento, siempre que no fuera contrario a los principios de concurrencia e igualdad ni al principio de proporcionalidad” (Resolución nº 661/2022, de 6 de junio, en cita de la Resolución nº 521/2022, de 6 de mayo).

A ello se une el hecho de que la no impugnación de los pliegos rectores de tales procedimientos no viene, en ningún caso, a confirmar o advenir su legalidad.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. K. M. B., en representación de AMBULANCIAS VALLADA, S.L.U., contra los pliegos de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Ondara para contratar los “*Servicios de Ambulancia en Actividades Organizadas por el Ayuntamiento de Ondara*”, expediente 626/2022.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.